

# Zentrale Gesichtspunkte der Revision des Schweizerischen Immobiliarsachenrechts von 2009/2012 – eine kritische Würdigung

*Thomas Sutter-Somm*

## I. Einleitende Bemerkungen

In den letzten Jahren war die schweizerische Rechtsordnung nicht nur im Bereich des Zivilprozessrechts mit der neuen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, in Kraft seit 1. Januar 2011<sup>1</sup>, sondern auch von zentralen Revisionen des ZGB<sup>2</sup> geprägt. Namentlich wurde ebenfalls am 19. Dezember 2008 im zweiten Teil betreffend das Familienrecht das bisherige veraltete Vormundschaftsrecht durch das sog. neue Erwachsenenschutzrecht abgelöst (Art. 360 ff. rev. ZGB), wobei diese Gesetzesänderungen erst am 1. Januar 2013 in Kraft treten werden<sup>3</sup>. Schliesslich wurde auch der vierte Teil des ZGB betreffend das Sachenrecht grundlegend geändert. Beim entsprechenden Bundesgesetz vom 11. Dezember 2009 (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen des Sachenrechts) handelt es sich um eine weitgehende Revision des Immobiliarsachenrechts<sup>4</sup>, wobei zusätzlich auch die zugehörige Grundbuchverordnung einer Totalrevision unterzogen wurde. Sowohl die betreffenden Änderungen des ZGB wie auch die Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 (GBV)<sup>5</sup> sind zusammen auf den 1. Januar 2012 in Kraft getreten. Es ist absehbar, dass damit der Reigen der ZGB-Revisionen nicht abgeschlossen sein wird, sind doch schon weitere Bestrebungen vorhanden, auch das Erbrecht grundlegenden Revisionen zu unterziehen<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Systematische Rechtssammlung (SR) 272, [www.admin.ch/ch/d/sr/2/272.de.pdf](http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/272.de.pdf).

<sup>2</sup> SR 210, <http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/210.de.pdf>.

<sup>3</sup> Die Gesetzesänderungen beschränken sich nicht nur auf das Vormundschaftsrecht, sondern führen auch zu Änderungen des Kindesrechts und des Personenrechts. Vgl. dazu im Einzelnen die Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Kindesrecht und Personenrecht) vom 28. Juni 2006, Bundesblatt (BBl) 2006, S. 7001 ff., [www.admin.ch/ch/d/ff/2006/7001.pdf](http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/7001.pdf); *Hermann Schmid*, Erwachsenenschutz Kommentar, Zürich/St. Gallen 2010; *Heinz Hausheer/Thomas Geiser/Regina Aepli-Müller*, Das neue Erwachsenenschutzrecht, Bern 2010; *Ruth Reusser/Thomas Geiser*, Basler Kommentar zum Erwachsenenschutz, Basel 2012.

<sup>4</sup> Vgl. dazu insbesondere auch die Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 27. Juni 2007, BBl 2007, S. 5283 ff., [www.admin.ch/ch/d/ff/2007/5283.pdf](http://www.admin.ch/ch/d/ff/2007/5283.pdf).

<sup>5</sup> SR 211.432.1, [www.admin.ch/ch/d/sr/2/211.432.1.de.pdf](http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/211.432.1.de.pdf).

<sup>6</sup> Vgl. dazu *Peter Breitschmid*, Für ein zeitgemässes Erbrecht, *successio* 3/10, S. 160 f.

Der nachfolgende Beitrag will einen Überblick über die wichtigsten Gesetzesänderungen des Schweizerischen Immobiliarsachenrechts und die problematischen Punkte verschaffen, ist doch das Sachenrecht eines von vielen Rechtsgebieten, dem die Wissenschaft manch wesentlichen Beitrag des Jubilars zu verdanken hat<sup>7</sup>.

In grundsätzlicher Hinsicht standen primär folgende Revisionspostulate im Vordergrund: (1) Das Grundbuch soll seine Funktion als zeitgemässes Bodeninformationssystem erfüllen können. (2) Der bisherige Papier-Schuldbrief soll zwar bestehen bleiben, daneben ist aber der Register-Schuldbrief als reines Registerpfandrecht ohne Ausstellung als Wertpapier einzuführen. (3) Beim gesetzlichen Pfandrecht der Handwerker<sup>8</sup> und Unternehmer sollen vor allem Gesetzeslücken geschlossen und das Problem von Bauarbeiten an öffentlich-rechtlichem Verwaltungsvermögen gelöst werden. (4) Bei den rechtsgeschäftlich begründeten Grunddienstbarkeiten sollen aus Gründen der Rechtssicherheit strengere Formvorschriften gelten<sup>9</sup>.

Bei näherer Betrachtung stellt sich jedoch heraus, dass einerseits bei weitem nicht alle gesetzgeberischen Schritte, die als Neuerungen propagiert worden sind, unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung die bisherige Rechtslage verändert haben. Andererseits gibt es Bereiche, in denen das neue Recht, entgegen den Intentionen des Gesetzgebers, zu Rechtsunsicherheit führt. Das ist – wie zu zeigen ist – namentlich beim Bauhandwerkerpfandrecht der Fall. Nicht näher eingegangen wird im Folgenden auf Aspekte des Grundbuchrechts (Art. 942 ff. ZGB).

## II. Nachbarrecht

Im sog. Nachbarrecht ist Art. 684 ZGB von zentraler Bedeutung. Diese Bestimmung verbietet seit jeher übermässige Immissionen und sanktioniert die Missachtung unter den Voraussetzungen von Art. 679 ZGB mit Schadenersatz. Unter dem bisherigen Recht war umstritten, inwiefern auch sog. negative Immissionen, namentlich Entzug von Besonnung und Licht, erfasst werden. In der Praxis spielt das vor allem eine Rolle bei Bepflanzungen und Bauten. Weil Art. 684 Abs. 2 ZGB in der ursprünglichen Fassung von 1912<sup>10</sup> nur Beispiele positiver Immissio-

<sup>7</sup> So namentlich das grundlegende Werk Jürgen F. Baur/Rolf Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl., München 2009, das auch in der Schweiz grosse Beachtung gefunden hat.

<sup>8</sup> Völlig unbestritten in Lehre und Rechtsprechung ist, dass nur der selbständige Handwerker, nicht aber seine Arbeitnehmer pfandberechtigt sind, denn diese werden durch betriebsrechtliche Privilegien für ihre Lohnforderung gegen den Arbeitgeber geschützt, vgl. Art. 146, 219 Abs. 4 SchKG, SR 281.1.

<sup>9</sup> Vgl. Botschaft, BBl 2007, S. 5284.

<sup>10</sup> Art. 684 Abs. 2 aZGB: „Verboten sind insbesondere alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Rauch oder Russ, lästige Dünste, Lärm oder Erschütterung.“

nen nannte, ging ein Teil der Lehre davon aus, dass negative Immissionen vom Gesetz nicht erfasst seien. Zwar enthält Art. 688 ZGB einen echten Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts bezüglich Anpflanzungen. Darauf gestützte Beseitigungsansprüche bei Bepflanzungen können aber allenfalls schon verjährt sein. In einem wegleitenden Entscheid aus dem Jahre 2000 zum früheren Recht<sup>11</sup> nahm das Bundesgericht zum Verhältnis des bundesrechtlichen Immissionenschutzes zum kantonalen Pflanzenrecht Stellung und hielt fest, dass das Bundesrecht in Art. 684 ZGB einen bundesrechtlichen Minimalschutz garantiere. Zudem umfasse Art. 684 ZGB auch die sog. negativen Immissionen wie Lichtentzug und Schattenwurf<sup>12</sup>. Im Sinne eines obiter dictums machte das Bundesgericht im genannten Leitentscheid allerdings praktisch wichtige Einschränkungen für durch Bauten verursachte negative Immissionen. Die für Bepflanzungen entwickelte Rechtsprechung könne nicht ohne Weiteres auf Bauten übertragen werden. Begründet wurde diese Auffassung mit der Natur des kantonalen Baurechts. Im Unterschied zum kantonalen Pflanzenrecht stelle das moderne (öffentlich-rechtliche) „kantonale Baurecht in der Regel ein umfassendes Regelwerk dar“, so dass für die Anwendung des Nachbarrechts (Art. 679/684 ZGB) „kaum mehr Raum bestehen dürfte.“ Der Immissionenschutz wird hier nach Auffassung des Bundesgerichts damit primär und im Grunde weitgehend ausschliesslich vom kantonalen (öffentlich-rechtlichen) Baurecht im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens verwirklicht und zudem auch ein beziehungsloses Nebeneinander von privatem und öffentlichem Recht verhindert bzw. die Einheit der Rechtsordnung bewerkstelligt<sup>13</sup>.

Im neu gefassten Art. 684 Abs. 2 ZGB kommen diese Aspekte allerdings nur unvollständig zum Ausdruck. Zwar werden nun nicht nur die positiven, sondern auch die negativen Immissionen aufgezählt. Die Differenzierung zwischen negativen Immissionen durch Pflanzen einerseits und Bauten andererseits fehlt jedoch auch im neuen Gesetzestext völlig<sup>14</sup>. Ebenfalls nicht zum Ausdruck im neuen Gesetzestext kommt der Umstand, dass der sachenrechtliche Immissionenschutz gemäss langjähriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht nur zugunsten und zu Lasten von Eigentümern benachbarter Grundstücke zum Tragen kommt, sondern auch zugunsten von Inhabern von beschränkten dinglichen Rechten (z.B. Baurechtsnehmer, Nutzniesser) oder gar an der Liegenschaft bloss obligato-

<sup>11</sup> BGE 126 III 452 ff.; vgl. auch BGE 114 II 230 ff.

<sup>12</sup> BGE 126 III 460 E. 3bb mit eingehender Darstellung der in der Lehre vertretenen Auffassungen.

<sup>13</sup> Vgl. BGE 126 III 454 ff. E. 2. Für negative Immissionen durch Bauten bestätigt in BGE 129 III 161 ff.

<sup>14</sup> Art. 684 ZGB: (1) „Jedermann ist verpflichtet, bei der Ausübung seines Eigentums, wie namentlich bei dem Betrieb eines Gewerbes auf seinem Grundstück, sich aller übermässigen Einwirkungen auf das Eigentum des Nachbarn zu enthalten. (2) Verboten sind insbesondere alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Luftverunreinigung, üblen Geruch, Lärm, Schall, Erschütterung, Strahlung oder durch den Entzug von Besonnung oder Tageslicht.“

risch berechtigten Personen (Mieter, Pächter)<sup>15</sup>. Schliesslich fehlt im Gesetzestext weiterhin eine Konkretisierung, was unter „Nachbarn“ zu verstehen ist<sup>16</sup>.

Eine Gesetzgebungstechnik, welche versucht, die bundesgerichtliche Rechtsprechung nach zu vollziehen, ist auch bei der Neufassung der Vorschriften über die Verantwortlichkeit des Grundeigentümers feststellbar. Das ZGB differenziert hier zwischen der Verantwortlichkeit des Grundeigentümers bei Überschreitung des Eigentumsrechts (Art. 679 ZGB) und bei rechtmässiger Bewirtschaftung des Grundstücks (Art. 679a ZGB). Bei Überschreitung des Eigentumsrechts statuiert Art. 679 ZGB umfassende Beseitigungs-, Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche. Bei rechtmässiger Bewirtschaftung des Grundstücks bestehen dagegen gemäss Art. 679a ZGB<sup>17</sup> nur beschränkte Schadenersatzansprüche unabhängig vom Verschulden, jedoch ohne Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche. Die genannte Norm entspricht der konstanten höchstrichterlichen Rechtsprechung<sup>18</sup>.

### III. Inhalt und Form der Grunddienstbarkeiten

Obwohl Art. 730 ZGB systematisch bei den Grunddienstbarkeiten eingeordnet ist, handelt es sich um eine für *alle* Dienstbarkeiten gültige Norm, die den zulässigen Inhalt des Rechts im Sinne von „*servitus in faciendo consistere nequit*“ zum Ausdruck bringt<sup>19</sup>. Art. 730 Abs. 2 ZGB sieht nun für nebensächliche Leistungspflichten vor, dass diese nur verbindlich sind, wenn sie sich aus dem Grundbucheintrag ergeben. Denn es handelt sich hier bei der nebensächlichen Leistungsverpflichtung nicht um eine gesetzliche Realobligation<sup>20</sup>, sondern um eine rein obligatorische Verpflichtung, die den Rechtsnachfolger des ursprünglich dienstbarkeitsbelasteten Eigentümers nicht bindet<sup>21</sup>. Der Eintrag im Grundbuch ist damit konstitutiv und hat für den Rechtsnachfolger des Eigentümers eine realobligatorische Wirkung<sup>22</sup>.

Die bisherigen Formvorschriften für das Verpflichtungsgeschäft bei Grunddienstbarkeiten waren unübersichtlich. Zwar bestimmte das ZGB in der bisher-

<sup>15</sup> Vgl. zur Passivlegitimation des Störers BGE 104 II 19 ff. E. 2; zur Aktivlegitimation vgl. BGE 111 II 236 ff., 239 f. E. 3.

<sup>16</sup> Vgl. zum örtlichen Kriterium den begleitenden Entscheid BGE 120 II 15 ff.

<sup>17</sup> Art. 679a ZGB: „Fügt ein Grundeigentümer bei rechtmässiger Bewirtschaftung seines Grundstücks, namentlich beim Bauen, einem Nachbarn vorübergehend übermässige und unvermeidliche Nachteile zu und verursacht er dadurch einen Schaden, so kann der Nachbar vom Grundeigentümer lediglich Schadenersatz verlangen.“

<sup>18</sup> Dazu eingehend BGE 114 II 230 ff.

<sup>19</sup> Vgl. Pascal Simonius/Thomas Sutter, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. II, Die beschränkten dinglichen Rechte, Basel/Frankfurt a.M. 1990, § 1 Rz. 36, S. 44 mit Hinweisen in Anm. 49.

<sup>20</sup> Wie z.B. im Fall von Art. 741 ZGB betreffend Lasten des Unterhalts.

<sup>21</sup> So BGE 124 III 289 ff.

<sup>22</sup> Vgl. das gleiche Konzept für den Baurechtszins oder weitere Vereinbarungen in Art. 779a Abs. 2 sowie Art. 779b Abs. 2 ZGB.

gen Fassung, dass der Vertrag über die Errichtung einer Grunddienstbarkeit zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form bedarf<sup>23</sup>. Die Einhaltung der einfachen Schriftlichkeit<sup>24</sup> war auch für die Begründung von Baurechten in Form einer Grunddienstbarkeit – unabhängig von der Dauer des Rechts – ausreichend. In zwei Fällen indessen war bereits nach bisherigem Recht die öffentliche Beurkundung des Grunddienstbarkeitsvertrags notwendig, nämlich wenn damit eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung in Form einer Grunddienstbarkeit abgeändert wurde<sup>25</sup> oder wenn es sich um die Schenkung bzw. unentgeltliche Einräumung einer Grunddienstbarkeit handelte<sup>26</sup>. Dagegen bedurften schon nach bisherigem Recht alle Personaldienstbarkeiten an Grundstücken<sup>27</sup> mit Ausnahme des unselbständigen Baurechts<sup>28</sup>, d.h. einem unübertragbaren oder für weniger als 30 Jahre begründeten Baurecht, und der sog. irregulären Personaldienstbarkeiten nach Art. 781 ZGB<sup>29</sup>, mit denen Grunddienstbarkeiten ohne herrschendes Grundstück nachgebildet werden können<sup>30</sup>, der öffentlichen Beurkundung.

Das neue Recht bringt hier eine radikale Vereinfachung, indem der revidierte Art. 732 Abs. 1 ZGB für sämtliche Grunddienstbarkeiten die öffentliche Beurkundung des Verpflichtungsgeschäfts verlangt<sup>31</sup>.

### IV. Grundpfandrechte

#### 1. Arten der Grundpfandrechte und Rechtsgrund

Das revidierte Recht kennt nur noch zwei Arten von Grundpfandrechten, nämlich die Grundpfandverschreibung und den Schuldbrief (Art. 793 Abs. 1 ZGB). Die bisherige Gült, die Pfandart mit reiner Sachhaftung ohne persönliche

<sup>23</sup> Art. 732 aZGB. Die *ratio legis* von 1912 bestand darin, dass in den schweizerischen Verhältnissen bäuerliche Nachbarhilfe in Form der Einräumung von Grunddienstbarkeiten einfach möglich sein sollte.

<sup>24</sup> Art. 12 OR.

<sup>25</sup> Art. 680 Abs. 2 ZGB; vgl. BGE 116 II 419 ff., 421 f. E. 5.

<sup>26</sup> Vgl. Art. 243 Abs. 2 OR, so BGE 117 II 29 E. 3 mit Hinweisen. Die Literatur ging z.T. davon aus, dass es sich um ein gesetzgeberisches Versehen handle und Art. 732 ZGB vorgehe, vgl. die Hinweise bei P. Simonius/Th. Sutter (Fn 19), § 1 Rz. 41, S. 46 Anm. 57.

<sup>27</sup> Nutzniessung: Art. 746 Abs. 2 i.V.m. Art. 657 ZGB; Wohnrecht: Art. 776 Abs. 3 i.V.m. Art. 746 Abs. 2 und Art. 657 ZGB; selbständiges und dauerndes Baurecht: Art. 779a aZGB.

<sup>28</sup> Art. 779a aZGB e contrario.

<sup>29</sup> Infolge des Verweises in Art. 781 Abs. 3 ZGB auf die Vorschriften über die Grunddienstbarkeiten, d.h. Art. 732 aZGB.

<sup>30</sup> Art. 781 Abs. 1 ZGB: „Dienstbarkeiten anderen Inhalts können zugunsten einer beliebigen Person oder Gemeinschaft an Grundstücken bestellt werden, so oft diese in bestimmter Hinsicht jemandem zum Gebrauch dienen können, wie für die Abhaltung von Schiessübungen oder für Weg und Steg.“

<sup>31</sup> Das bewirkt, dass infolge des Verweises in Art. 781 Abs. 3 ZGB auf die Vorschriften über die Grunddienstbarkeiten nun auch irreguläre Personaldienstbarkeiten öffentlich beurkundet werden müssen. Auch muss das unselbständige Baurecht in Form der Personaldienstbarkeit öffentlich beurkundet werden, vgl. Art. 779a ZGB, wo nicht mehr zwischen selbständigem und unselbständigem Baurecht differenziert wird.

Schuld<sup>32</sup>, kam in der Praxis kaum vor und wurde gestrichen. Eine zentrale Änderung bringt das neue Recht bezüglich dem Rechtsgrund, weil nun das „Rechtsgeschäft“ (Art. 799 Abs. 2 ZGB) – und nicht wie bis anhin der „Vertrag“<sup>33</sup> – der öffentlichen Beurkundung bedarf. Die Konsequenz besteht darin, dass nicht nur der Grundpfandvertrag, sondern auch der auf einseitigem Rechtsgeschäft beruhende Eigentümerschuldbrief der öffentlichen Beurkundung bedarf<sup>34</sup> und nicht mehr – wie bisher<sup>35</sup> – auf bloss schriftlicher Anmeldung beim Grundbuchamt beruhen kann.

Während der Schuldbrief stets auf einem ein- oder zweiseitigen Rechtsgeschäft beruht und das Grundpfandrecht – unter dem Vorbehalt des Schutzes gutgläubiger Dritter (Art. 973 Abs. 1 ZGB) – nur gültig zustande kommt, wenn der Grundbucheintrag auf einem gültigen Rechtsgrund beruht (Art. 974 Abs. 2, 975 Abs. 1 ZGB), mithin das für das schweizerische Sachenrecht fundamentale Kausalitätsprinzip weiterhin gilt, kann die Grundpfandverschreibung entweder auf einem Grundpfandvertrag oder auf Gesetz beruhen. Alle gesetzlichen Grundpfandrechte sind damit weiterhin Grundpfandverschreibungen wie es sich auch aus der systematischen Stellung dieser Pfandrechte klar ergibt<sup>36</sup>. Bei den gesetzlichen Grundpfandrechten ist zu differenzieren, ob ein Grundbucheintrag grundsätzlich bloss deklaratorisch (sog. unmittelbare gesetzliche Grundpfandrechte) oder ob der Grundbucheintrag konstitutiv ist (sog. mittelbare gesetzliche Grundpfandrechte) wie dies namentlich beim sog. Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3, 839 ff. ZGB) als in der Praxis wichtigstem gesetzlichen Pfandrecht der Fall ist. Auf letztere Pfandart wird noch näher einzugehen sein, da hier die wesentlichsten Rechtsänderungen zu verzeichnen sind.

## 2. Die unmittelbaren gesetzlichen Grundpfandrechte

Das bisherige Recht enthielt im Vergleich zum neuen Recht eine klarere und stringendere Systematik. Grundsätzlich entstanden die gesetzlichen Pfandrechte aus kantonalem öffentlichem Recht ohne Grundbucheintragung<sup>37</sup>. Das neue Recht dagegen sieht in Art. 836 Abs. 1 ZGB vor, dass in Fällen, in denen das kantonale Recht dem Gläubiger für Forderungen, die in unmittelbarem Zusammenhang<sup>38</sup> mit dem belasteten Grundstück stehen, einen Anspruch auf ein Pfand-

<sup>32</sup> Art. 847 Abs. 3 aZGB.

<sup>33</sup> Art. 799 Abs. 2 aZGB: „Der Vertrag auf Errichtung eines Grundpfandes bedarf zu seiner Verbindlichkeit der öffentlichen Beurkundung.“

<sup>34</sup> Vgl. Art. 857 Abs. 2 (Register-Schuldbrief) sowie Art. 860 Abs. 2 ZGB (Papier-Schuldbrief).

<sup>35</sup> Grundlegend BGE 121 III 97 ff., wonach die Kantone keine öffentliche Beurkundung verlangen durften und eine entsprechende Vorschrift in der Grundbuchverordnung gegen das ZGB versties.

<sup>36</sup> Vgl. die systematische Stellung von Art. 836–841 ZGB.

<sup>37</sup> Vgl. Art. 836 aZGB.

<sup>38</sup> Z.B. Grundstückgewinnsteuern, Handänderungssteuern, Anschlussgebühren nicht jedoch Einkommenssteuern, vgl. auch BGE 122 I 351 E. 2.

recht einräumt, dieses mit dem Grundbucheintrag entsteht. Der Grundsatz besteht also darin, dass der Grundbucheintrag konstitutiv ist, die Pfandrechte des kantonalen öffentlichen Rechts, regelmässig zugunsten des Gemeinwesens, mittelbare gesetzliche Pfandrechte sind. Art. 836 Abs. 2 ZGB sieht jedoch vor, dass das kantonale öffentliche Recht bestimmen kann, dass die Pfandrechte auch unmittelbar von Gesetzes wegen entstehen können, der Grundbucheintrag mithin bloss deklaratorisch ist. Allerdings sieht die gleiche Norm vor, dass in einem solchen Fall das Pfandrecht dem gutgläubigen Erwerber des Grundstücks nicht entgegengehalten werden kann, wenn das Pfandrecht nicht innert vier Monaten seit der Fälligkeit der zugrunde liegenden Forderung, spätestens jedoch innert zwei Jahren seit der Entstehung der Forderung, in das Grundbuch eingetragen wurde.

Die unmittelbaren gesetzlichen Grundpfandrechte, die nicht das kantonale öffentliche Recht, sondern das ZGB selber begründet, sind jedoch gar nicht unter dem Marginale bei Art. 836 ZGB „D. Gesetzliches Grundpfandrecht“ geordnet, sondern finden sich verstreut und unübersichtlich an anderen Stellen des ZGB. So sehen Art. 808 Abs. 3<sup>39</sup>, 810 Abs. 2<sup>40</sup> sowie Art. 819 Abs. 1 ZGB<sup>41</sup> unmittelbare gesetzliche Grundpfandrechte vor, die ohne Grundbucheintrag entstehen. Allerdings können auch diese Pfandrechte einem gutgläubigen Erwerber neu nicht mehr entgegengehalten werden, wenn sie – bei einer höheren Forderung als 1000 Franken – nicht innert vier Monate im Grundbuch eingetragen worden sind<sup>42</sup>. Für altrechtliche unmittelbare gesetzliche Grundpfandrechte sieht Art. 44 Abs. 3 des Schlusstittels zum ZGB jedoch eine lange übergangsrechtliche Frist von zehn Jahren vor, während der die nach bisherigem Recht ohne Eintragung entstandenen unmittelbaren gesetzlichen Grundpfandrechte auch gegen den gutgläubigen Erwerber des Grundstücks geltend gemacht werden können.

## 3. Die mittelbaren gesetzlichen Grundpfandrechte, insbesondere das Bauhandwerkerpfandrecht

Die bei den gesetzlichen Grundpfandrechten erwähnten Fälle in Art. 837 ZGB sind alle, wie der Randtitel „Mit Eintragung“ klar zum Ausdruck bringt, mittelbare gesetzliche Pfandrechte. D.h. das Gesetz räumt einen Anspruch auf Errich-

<sup>39</sup> Art. 808 Abs. 3 ZGB: „Er [d.h. der Gläubiger] kann für die Kosten der Vorkehrungen vom Eigentümer Ersatz verlangen und hat dafür an dem Grundstück ein Pfandrecht. Dieses Pfandrecht entsteht ohne Eintragung im Grundbuch und geht jeder eingetragenen Belastung vor.“

<sup>40</sup> Art. 810 Abs. 2 ZGB: „Der Gläubiger kann jedoch Vorkehrungen zur Beseitigung oder Abwehr der Wertverminderung treffen. Er hat für deren Kosten an dem Grundstück ohne Schuldspflicht des Eigentümers ein Pfandrecht. Dieses Pfandrecht entsteht ohne Eintragung im Grundbuch und geht jeder eingetragenen Belastung vor.“

<sup>41</sup> Art. 819 Abs. 1 ZGB: „Hat der Pfandgläubiger zur Erhaltung der Pfandsache notwendige Auslagen gemacht, insbesondere die vom Eigentümer geschuldeten Versicherungsprämien bezahlt, so hat er dafür an diesem Grundstück ein Pfandrecht. Dieses Pfandrecht entsteht ohne Eintragung im Grundbuch und geht jeder eingetragenen Belastung vor.“

<sup>42</sup> Vgl. Art. 808 Abs. 4, 810 Abs. 3, 819 Abs. 2 ZGB.



tung des Pfandrechts bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ein, das Sicherungsrecht entsteht aber erst durch den Grundbucheintrag. Der mit Abstand wichtigste Fall ist das in Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 (sowie in Art. 839–841) ZGB geregelte Bauhandwerkerpfandrecht. Obwohl im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens zum Teil die Frage aufgeworfen wurde, worin überhaupt die innere Rechtfertigung besteht, bestimmte Gewerbebezüge bezüglich dem unternehmerischen Risiko derart zu privilegieren, kann festgestellt werden, dass insgesamt eine zusätzliche Privilegierung der Handwerker und Unternehmer aus der Novelle resultiert hat. Im Folgenden werden die wichtigsten Ergebnisse der Revision im Kontext des Bauhandwerkerpfandrechts dargestellt und kritisch beleuchtet.

Zunächst kann festgehalten werden, dass das Bauhandwerkerpfandrecht wie bis anhin ein mittelbares gesetzliches Pfandrecht bleibt, so dass das Verwertungsrecht erst ab der definitiven Eintragung in das Grundbuch besteht. Zur Sicherung des Datums und Wahrung der gesetzlichen Verwirkungsfrist von neu vier statt drei Monaten<sup>43</sup> genügt jedoch bereits die provisorische Eintragung. Diese erfolgt auf Gesuch hin im Rahmen des summarischen Verfahrens gemäss ZPO<sup>44</sup>. Anschliessend setzt das Gericht eine Prosequierungsfrist zur Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts<sup>45</sup>. Durch Leistung hinreichender Sicherheit kann der Eigentümer die vorläufige wie die definitive Eintragung des Pfandrechts verhindern<sup>46</sup>. Absolut zentral ist, dass das Bauhandwerkerpfandrecht eine sog. Realobligation bleibt, d.h. dass sich der Grundeigentümer die Eintragung des Pfandrechts auch gefallen lassen muss, wenn er in keinem Vertragsverhältnis zum Leistungserbringer, z.B. einem Subunternehmer, steht<sup>47</sup>. Ein rechtsgeschäftlicher Vorausverzicht auf das Bauhandwerkerpfandrecht ist weiterhin ausgeschlossen<sup>48</sup>. Auch bezüglich des Rangs des Bauhandwerkerpfandrechts bleibt in grundsätzlicher Hinsicht alles beim Alten. Unter sich haben die Bauhandwerkerpfandrechte alle den gleichen Rang, auch wenn sie an unterschiedlichen Daten eingetragen worden sind. Im Verhältnis zu den rechtsgeschäftlich begründeten Grundpfandrechten ist jedoch das Prinzip der Alterspriorität massgebend (Art. 972 ZGB).

<sup>43</sup> Art. 839 Abs. 2 ZGB.

<sup>44</sup> Art. 249 Bst. d Ziff. 5 ZPO. Der Begriff „provisorische Eintragung“ des Bauhandwerkerpfandrechts hat sich weitgehend eingebürgert. Genau genommen handelt es sich jedoch um eine Verfügungsbeschränkung im Sinne von Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB zur Sicherung eines streitigen Pfandrechtsanspruchs und nicht etwa um die vorläufige Eintragung zur Sicherung eines behaupteten dinglichen Rechts im Sinne von Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB, da das Pfandrecht erst durch die Eintragung entsteht. So nun auch *Rainer Schumacher*, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl., Zürich 2011, S. 162 f., Rz. 535 ff.; a.M. jedoch *Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., Zürich 2009, S. 1125, Rz. 58.

<sup>45</sup> Vgl. Art. 263 ZPO sowie Art. 961 Abs. 1 ZGB.

<sup>46</sup> Art. 839 Abs. 3 ZGB sowie Art. 261 Abs. 2 ZPO.

<sup>47</sup> Der Vorschlag, das Bauhandwerkerpfandrecht durch ein Forderungspfandrecht an der Forderung des Totalunternehmers gegen den Grundeigentümer zu ersetzen, wurde im Vernehmlassungsverfahren abgelehnt, vgl. Botschaft BBl 2007, S. 5319.

<sup>48</sup> Art. 837 Abs. 3 ZGB.

Das bedeutet, dass ein älteres Bauhandwerkerpfandrecht einem jüngeren rechtsgeschäftlich begründeten Grundpfandrecht vorgeht, wobei dann allerdings der betreffende Verwertungserlös auf alle Handwerker und Unternehmer anteilmässig aufzuteilen ist<sup>49</sup>. Unverändert ist auch das sog. Vorrecht der Handwerker und Unternehmer, die bei der Pfandverwertung zu Verlust gekommen sind, gegen vorgehende Grundpfandgläubiger unter den entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen, namentlich gegen Banken bei Zweckentfremdung von Baukrediten wegen Sorgfaltspflichtverletzung (Art. 841 Abs. 1 ZGB)<sup>50</sup>.

Neu eingefügt wurde in Art. 837 Abs. 2 ZGB eine Vorschrift betreffend den sog. Mieterbau. Ist ein Mieter, ein Pächter oder eine andere am Grundstück berechnete Person Schuldner von Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, so besteht der gesetzliche Pfandrechtsanspruch nur, wenn der Grundeigentümer seine Zustimmung zur Ausführung der Arbeiten erteilt hat. Diese Gesetzesbestimmung führt jedoch zu keiner praxisrelevanten Rechtsänderung, weil das Bundesgericht bereits unter bisherigem Recht in Füllung einer Gesetzeslücke so entschieden hat<sup>51</sup>. Es handelt sich also lediglich um eine gesetzliche Klarstellung der bisherigen Rechtslage.

Schliesslich sind zwei absolut zentrale Neuerungen beim Bauhandwerkerpfandrecht kurz zu präsentieren. Die erste betrifft die Frage, welche Arbeiten der Handwerker oder Unternehmer Pfandrechtsvoraussetzung sind. Das bisherige Recht enthielt keine konkrete Aufzählung der entsprechenden Leistungen, sondern beschränkte sich auf folgende knappe Wendung: „für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die zu Bauten oder anderen Werken auf einem Grundstück Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben“. Der gesetzlichen Grundidee entsprechend müssen die Materiallieferung oder die Arbeit zu einer Werterhöhung des Grundstücks geführt haben, die infolge des Akzessionsprinzips (Art. 671 Abs. 1 ZGB) grundsätzlich nicht rückgängig gemacht werden kann<sup>52</sup>. In einer reichen Rechtsprechung hat das Bundesgericht die entsprechenden Voraussetzungen konkretisiert. So berechtigt auch die Lieferung von für den Bau hergestellten und angepassten Sachen, die andernfalls nicht oder nur schwer verwendbar wären, zum Bauhandwerkerpfandrecht<sup>53</sup>. Keinen Anspruch auf das

<sup>49</sup> Vgl. BGE 63 III 1 ff.; für Berechnungsbeispiele vgl. etwa *P. Tuor/B. Schnyder/J. Schmid/A. Rumo-Jungo* (Fn. 44), S. 1127, Rz. 64.

<sup>50</sup> Vgl. insbes. BGE 115 II 136 ff., 141 E. 4a und 4b. Weiterhin umstritten ist die dogmatische Konstruktion des Vorrechts, bei dem zum Teil von einem Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung ausgegangen wird, so *P. Simonius/Th. Sutter* (Fn. 19), S. 242, Rz. 50. Zu den verschiedenen dogmatischen Konstruktionsversuchen vgl. *Margot Van't Dack*, Das Vorrecht der Handwerker und Unternehmer in der Gerichtspraxis, Basler Juristische Mitteilungen 2007, S. 57 ff.

<sup>51</sup> Vgl. BGE 126 III 505 ff.; 116 II 677 ff.

<sup>52</sup> BGE 136 III 6 ff. 10 E. 5.1: „Grundgedanke und Rechtfertigung des gesetzlichen Grundpfandes für die Forderung der Handwerker und Unternehmer bestehen darin, dass ihre Arbeit einen Mehrwert schafft, diese Arbeit in der Regel aber nicht zum Voraus, sondern erst nach Abschluss vergütet wird.“

<sup>53</sup> Berühmte Entscheide sind etwa der sog. Frischbeton-Fall (BGE 104 II 351 ff.) oder der Armierungseisen-Fall (BGE 103 II 36 ff.).

Bauhandwerkerpfandrecht haben etwa Architekten<sup>54</sup> und bis anhin auch nicht die Gerüstbauer<sup>55</sup>.

Im neuen Recht dagegen ist es anders. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB enthält nun eine nicht abschliessende Aufzählung, bei denen die Lieferung von Material und Arbeit oder Arbeit allein unter den übrigen gesetzlichen Voraussetzungen zum Bauhandwerkerpfandrecht berechtigt. Explizit genannt werden nun unter anderem „Gerüstbau, Baugrubensicherung oder dergleichen“. Pikanterweise hatte das Bundesgericht im Dezember 2009 praktisch zur gleichen Zeit wie das Parlament die neue Bestimmung annahm bzw. der neue definitive Gesetzeswortlaut feststand einen Fall zu entscheiden, bei dem es um eine Streitigkeit betreffend Bauhandwerkerpfandrecht beim Gerüstbau ging<sup>56</sup>. Das Bundesgericht lehnte – entsprechend seiner ständigen Praxis – die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts für den Gerüstbau ab und äusserte sich mehr als kritisch zu den neuen Bestimmungen:

*„Nach dem derzeitigen Stand der Revision sollen künftig nicht mehr nur Leistungen zu Bauten oder anderen Werken auf einem Grundstück grundpfandgesichert sein, sondern Leistungen auf einem Grundstück auch zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung und dergleichen. Allein die Formulierung verdeutlicht, dass Arbeit auf einem Grundstück im Zusammenhang mit einem Bauvorhaben genügen soll, die bisherige körperliche Verbindung der Arbeit mit dem Grundstück oder wenigstens die Bestimmtheit der Arbeit zu einer solchen Verbindung hingegen nicht mehr verlangt wird. Der Zusatz ‚und dergleichen‘ dürfte bedeuten, dass letztlich jede Lieferung von Material und Arbeit oder Arbeit allein auf einem Grundstück pfandgesichert sein wird, wenn und soweit sie nur mit einem konkreten Bauvorhaben im Zusammenhang steht. Die vorgesehene Revision passt nicht in das heutige rechtliche Umfeld (...)“<sup>57</sup>*

Es gibt wohl kaum einen anderen Fall in neuerer Zeit, in dem das Bundesgericht seine Kritik am Gesetzgeber derart klar und unverblümt zum Ausdruck gebracht hat. Die Kritik ist meines Erachtens berechtigt, führt doch insbesondere die gesetzliche Formulierung und „dergleichen“ zu einem gesetzlichen Tatbestand, dessen Konturen vollständig verwischt sind. Weil überhaupt nicht mehr auf die Verbindung mit dem Grundstück und die Materialisierung abgestellt wird, ist die Rechtsunsicherheit in der Praxis enorm. Es wird die schwierige Aufgabe des Bundesgerichts sein, in seiner künftigen Rechtsprechung einigermassen taugliche Abgrenzungskriterien zu entwickeln, auf welche die Praxis angewiesen ist.

In einem anderen Punkt bringt die Revision eine klare Verbesserung. Geht es um die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts an einem Grundstück, das zum Verwaltungsvermögen des Gemeinwesens gehört, so war die Eintragung nach ständiger Bundesgerichtspraxis ausgeschlossen. Denn das Verwaltungsvermögen ist, im Gegensatz zum Finanzvermögen, unpfindbar, demzufolge kann

<sup>54</sup> BGE 131 III 303 ff., 305; 119 II 426 ff.; 65 II 1 f.

<sup>55</sup> BGE 131 III 300 ff., 304 f.

<sup>56</sup> BGE 136 III 6 ff.

<sup>57</sup> BGE 136 III 6 ff., 13 E. 6.

auch kein Pfandrecht eingetragen werden<sup>58</sup>. Die Sachenrechtsnovelle hat hier zu einer Renaissance der (einfachen) Bürgschaft<sup>59</sup> geführt. Handelt es sich beim Grundstück unbestrittenermassen um Verwaltungsvermögen und ergibt sich die Schuldpflicht des Eigentümers, d.h. des Gemeinwesens, nicht aus vertraglichen Verpflichtungen, so besteht eine Haftung gegenüber den Handwerkern und Unternehmern für die anerkannten oder gerichtlich festgestellten Forderungen nach den Bestimmungen über die einfache Bürgschaft. Voraussetzung ist jedoch, dass die Forderung gegenüber dem Eigentümer spätestens vier Monate nach Vollendung der Arbeit schriftlich unter Hinweis auf die gesetzliche Bürgschaft geltend gemacht worden war<sup>60</sup>. Hat ein Handwerker oder Unternehmer nicht einen Vertrag mit dem Gemeinwesen, sondern mit dem General- oder Subunternehmer geschlossen, so haftet somit der Staat unter den entsprechenden Voraussetzungen. Bei Konkurs des General- oder Subunternehmers verbleibt dem Handwerker oder Unternehmer somit nicht das Risiko der Insolvenz seines Vertragspartners, sondern er kann sich an den Staat halten.

#### 4. Das neue Schuldbriefrecht

Das neue Schuldbriefrecht hat zu zwei grundlegenden Neuerungen geführt. Die erste besteht in der Einführung des sog. Register-Schuldbriefs, der dem Bundesgesetz vom 11. Dezember 2009 auch den Namen gegeben hat. Nach bisherigem Recht führte die Eintragung eines Schuldbriefs stets zur Ausstellung des entsprechenden Wertpapiers<sup>61</sup>, entweder auf den Inhaber oder an Ordre lautend<sup>62</sup>. Das neue Recht sieht nun, je nach dem Willen der Parteien des Pfandvertrags, beide Möglichkeiten vor. Dementsprechend enthält das ZGB Vorschriften für den Register-Schuldbrief (Art. 857–859 ZGB) und den Papier-Schuldbrief (Art. 860–865 ZGB), denen allgemeine Vorschriften vorangestellt sind (Art. 842–856 ZGB).

Der Register-Schuldbrief ist ein reines Registerpfandrecht (Art. 857 Abs. 1 ZGB), das auf den Namen des Gläubigers oder des Grundeigentümers eingetragen wird (Art. 857 Abs. 2 ZGB). Übertragung und Verpfändung des Rechts erfolgen durch entsprechenden Grundbucheintrag aufgrund schriftlicher Erklärung des bisherigen Gläubigers. Die Vorschriften über den Papier-Schuldbrief sind mit einer zentralen Ausnahme mit dem bisherigen Recht weitgehend deckungsgleich. Der zentralste Unterschied besteht indessen in der dogmatischen Konstruktion des Schuldbriefs selber. Nach bisherigem Recht bewirkte die Errichtung des Schuldbriefs die Novation des dem Schuldbrief (wirtschaftlich) zu-

<sup>58</sup> Vgl. statt vieler BGE 120 II 323 f.; P. Tuor/B. Schnyder/J. Schmid/A. Rumo-Jungo (Fn. 44), S. 1121 f., Rz. 47. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung lehnte auch eine Verpflichtung des Gemeinwesens zur anderweitigen Sicherheitsleistung ab, BGE 124 II 337 ff.

<sup>59</sup> Art. 495 OR.

<sup>60</sup> Art. 839 Abs. 4 ZGB. Vgl. weiter Art. 839 Abs. 4 und 5 ZGB.

<sup>61</sup> Art. 856 Abs. 1 aZGB, Art. 965 OR.

<sup>62</sup> Sog. Inhaber- oder Namensschuldbrief, Art. 859 Abs. 1 aZGB.

grunde liegenden Schuldverhältnisses<sup>63</sup>. In der Praxis vereinbarten die Parteien regelmässig zunächst einen Darlehensvertrag, wobei vereinbart wurde, dass die Darlehensvaluta erst ausbezahlt wird, wenn die Rückzahlungsverpflichtung durch einen Schuldbrief pfandrehtlich gesichert worden ist. Nach Errichtung des Schuldbriefs wurde das Darlehen ausbezahlt und die Schuld des Borgers wurde noviert. Man sprach deshalb auch von der Abstraktheit der Schuldbriefforderung<sup>64</sup>. Umstritten im Einzelnen waren die Einredemöglichkeiten des Schuldners gegenüber dem ersten und einem allfälligen späteren Gläubiger, dem der Schuldbrief zu Eigentum übertragen wurde. In der Lehre umstritten war vor allem, welche Einreden der Schuldner dem ersten Gläubiger entgegenhalten kann. Das Bundesgericht hat diese Fragen allerdings in dem Sinn weitgehend geklärt, dass die vollen Novationswirkungen erst bei einem weiteren Gläubiger eintreten und diesem nur noch die Einreden aus dem Schuldbrief und persönliche Einreden entgegengehalten werden können, während beim ursprünglichen Gläubiger auch damals unbekannte Einreden aus dem Grundverhältnis nicht ausgeschlossen waren<sup>65</sup>. Eine andere Abrede betreffend Neuerung wirkte nur zwischen den Vertragsparteien sowie gegenüber Dritten, die sich nicht in gutem Glauben befanden<sup>66</sup>. Das bisherige Recht ging damit von der Vermutung der Novation aus.

Das neue Recht bringt hier einen grundlegenden Systemwechsel, indem die bisherige Forderung aus einem Darlehensvertrag in der Regel bestehen bleibt. Die durch die Schuldbrieferrichtung entstandene Forderung tritt neben die zu sichernde Forderung. Eine andere Abrede der Parteien, das heisst eine Novation, bleibt jedoch vorbehalten<sup>67</sup>. Gemäss Art. 842 Abs. 3 ZGB kann sich der Schuldner bezüglich der Schuldbriefforderung gegenüber dem Gläubiger sowie gegenüber Rechtsnachfolgern, die sich nicht in gutem Glauben befinden, auf die sich aus dem Grundverhältnis ergebenden persönlichen Einreden berufen. Der Gesetzgeber hat sich damit für das Konzept der Sicherungsübereignung des Schuldbriefs entschieden<sup>68</sup>. Es sind somit drei Rechtsverhältnisse bzw. Obligationen auseinander zu halten, nämlich die Forderung aus dem Grundverhältnis, die Schuldbriefforderung sowie die Sicherungsabrede. Nach diesem Konzept bedeutet Sicherungsübereignung, dass der Gläubiger den Schuldbrief zu Vollrecht übertragen erhält, sich aber in der nach schweizerischem Recht formfrei gültigen Sicherungsabrede verpflichtet, die Schuldbriefverwertung nur dann einzuleiten, wenn die *fällige* Forderung aus dem Grundverhältnis nicht bezahlt wird. Es liegt somit ein fiduziarisches Rechtsverhältnis mit überschüssender Rechtsmacht vor.

Es ist offensichtlich, dass dieser Systemwechsel für die Einführung des Register-Schuldbriefs nicht unabdingbar war, können die Parteien doch auch nach

<sup>63</sup> Art. 855 Abs. 1 aZGB.

<sup>64</sup> Vgl. statt vieler P. Tuor/B. Schwyder/J. Schmid/A. Rumo-Jungo (Fn. 44), S. 1112, Rz. 22.

<sup>65</sup> BGE 119 II 329 E. 2; 115 II 354 E. 3.

<sup>66</sup> Art. 855 Abs. 2 aZGB.

<sup>67</sup> Vgl. Art. 842 Abs. 2 ZGB.

<sup>68</sup> Vgl. Botschaft BBl 2007, S. 5321.

neuem Recht die Novation der Forderung aus dem Grundverhältnis vereinbaren<sup>69</sup>. Der Systemwechsel beruht im Wesentlichen auf einem von Wolfgang Wiegand und Christoph Brunner dem Eidg. Justiz- und Polizeidepartement erstatteten Gutachten<sup>70</sup>. Etwas eigenartig bzw. widersprüchlich sind deshalb die betreffenden Ausführungen in der bundesrätlichen Botschaft: „Die Gutachter schlugen ferner vor, gewisse Wirkungen des Schuldbriefs zu ändern, um sie besser mit der heutigen rechtlichen Realität in Einklang zu bringen oder um eine unbefriedigende Situation zu beseitigen. Soweit es nicht um die Einführung des Registerpfandes gehe, sollten aber nur die unbedingt notwendigen Anpassungen vorgenommen werden. Die Vorschläge wurden im Wesentlichen in den Vorentwurf übernommen.“<sup>71</sup> Die Begründung für den zentralen Rechtswechsel sowohl im Gutachten<sup>72</sup> und erst recht in der bundesrätlichen Botschaft ist mehr als dürftig. Hier findet sich ein einziger Satz dazu: „Entgegen der Konzeption des Gesetzgebers beabsichtigen die Parteien jedoch in der Rechtswirklichkeit in den meisten Fällen keine Novation, sondern die Schuldbriefforderung soll als Nominalforderung neben die bestehende Forderung treten, deren Sicherung angestrebt wird.“<sup>73</sup> Rechtstatsächliche Untersuchungen zu diesem angeblichen Parteiwillen existieren nicht. Zudem wird ein erheblicher Teil des Kreditgeschäfts im Zusammenhang mit dem Erwerb von Wohneigentum nicht von den Banken, sondern von den Pensionskassen abgewickelt, die mit den Schuldbriefen keinen Handel treiben. Obwohl sich das neue Konzept stark an das deutsche Recht anlehnt<sup>74</sup>, bleibt doch ein zentraler Unterschied bestehen: Weiterhin bedingt die Errichtung des Schuldbriefs einen gültigen Rechtsgrund (Art. 974 Abs. 2 ZGB) und zwar sowohl beim Register-Schuldbrief wie beim Papier-Schuldbrief. Ein gültiger Grundpfandvertrag ist für die Entstehung des Grundpfands damit unabdingbar. Es ist deshalb durchaus möglich, dass Mängel beim Abschluss eines Darlehensvertrages als Willensmängel, insbes. Grundlagenirrtum<sup>75</sup> oder gar Täuschung<sup>76</sup>, auf den Pfandvertrag durchschlagen und diesen ungültig machen können. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung keine absolute Frist für die Geltendmachung des Mangels besteht<sup>77</sup>.

Damit stellt sich für das neue Recht die Problematik der Mehrfachabtretungen der Forderung aus dem Grundverhältnis und dem Schuldbrief an verschiedene neue Gläubiger. Dass die Forderung aus dem Grundverhältnis und die Schuld-

<sup>69</sup> Vgl. Art. 842 Abs. 2 ZGB.

<sup>70</sup> Vgl. Botschaft, BBl 2007, S. 5290; vgl. weiter Wolfgang Wiegand/Christoph Brunner, Vorschläge zur Ausgestaltung des Schuldbriefs als papierloses Registerpfand, ZSR Beiheft 39, Basel 2003.

<sup>71</sup> Botschaft, BBl 2007, S. 5290.

<sup>72</sup> Vgl. W. Wiegand/Ch. Brunner (Fn. 70), S. 23 f.

<sup>73</sup> Botschaft, BBl 2007, S. 5321.

<sup>74</sup> Vgl. § 1192 Abs. 1a BGB.

<sup>75</sup> Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR.

<sup>76</sup> Art. 28 OR.

<sup>77</sup> Vgl. insbes. BGE 114 II 140 f. E. 2b.

briefforderung nicht separat abtretbar sind, kann weder dem Gesetz noch den Materialien entnommen werden<sup>78</sup>. Damit wird im neuen Recht die Stellung des Schuldners wesentlich verschlechtert. Diesem hilft es recht wenig, wenn er darauf verwiesen ist, Schadenersatz gegen den ursprünglichen Gläubiger wegen Verletzung der fiduziarischen Abrede geltend zu machen. Das Problem des Schuldners besteht vielmehr darin, dass er sich zwei neuen Gläubigern gegenüber sehen kann, die beide Zahlung wollen<sup>79</sup>. Hinzu kommt vor allem für die Darlehensforderung, dass diese allenfalls in Form einer vollstreckbaren Urkunde nach der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung vereinbart worden ist<sup>80</sup> und so einen definitiven Rechtsöffnungstitel im Sinne des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts darstellt<sup>81</sup>. Schutz vor der Gefahr von Doppelzahlung kann allenfalls Art. 842 Abs. 3 ZGB bieten. Fraglich ist aber, ob jeder Erwerber des Schuldbriefs als bösgläubig gelten kann, wenn er nicht zugleich die Forderung aus dem Grundverhältnis erwirbt. Nur wenn das der Fall sein sollte, wäre der Schuldner wirksam geschützt<sup>82</sup>. Dann stellt sich allerdings die Frage, was der Vorteil der neuen Konzeption des revidierten Rechts sein soll. Insgesamt sind die Probleme im Kontext dieser Einrede der insgesamt wohl vor allem zugunsten der Banken konzipierten Rechtsänderung in der Schweiz – anders als in Deutschland<sup>83</sup> – noch kaum diskutiert, geschweige denn höchstrichterlich entschieden.

## V. Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Gesetzesnovelle in machen Bereichen zu Verbesserungen des Rechts und zu Klärungen geführt hat. In anderen Bereichen aber, namentlich beim Bauhandwerkerpfandrecht und insbesondere beim Schuldbriefrecht grosse Mängel aufweist. Zwar ist die Einführung des Register-Schuldbriefs eine für die Praxis wichtige und weithin unbestrittene Verbesserung. Für die neue dogmatische Konstruktion des Schuldbriefs bestand jedoch überhaupt kein Anlass, jedenfalls hätte beim Gesetzgebungsprozess dafür gesorgt werden müssen, dass die Rechtsänderung nicht zu neuen gravierenden Problemen führt.

<sup>78</sup> Insofern unzutreffend: *Daniel Staehelin*, Der sicherungseingetragene vinkulierte zinstragende Register-Schuldbrief mit separaten Nebenvereinbarungen, in: *Innovatives Recht*, FS für Ivo Schwander, Zürich/St. Gallen 2011, S. 209 ff., S. 213. Vgl. Botschaft BBl 2007, S. 5321, wo nur die Selbstverständlichkeit festgehalten ist, dass die Schuldbriefforderung untrennbar mit dem Schuldbrief verbunden ist.

<sup>79</sup> *Stefan Weiss*, Der Register-Schuldbrief, Zürich/Basel/Genf 2009, Rz. 169.

<sup>80</sup> Art. 347 ZPO.

<sup>81</sup> Vgl. Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1<sup>bis</sup> SchKG.

<sup>82</sup> Für das Schweizer Recht fehlt eine § 1192 Abs. 1a BGB entsprechende Schutzbestimmung für den Schuldner hinsichtlich Einreden gegenüber dem Zessionar.

<sup>83</sup> Vgl. die Übersicht bei *J.F. Baur/R. Stürmer* (Fn. 7), § 45 Rz. 58 ff. insbes. 59; *Hanns Prütting*, Sachenrecht, 34. Aufl., S. 331 f., Rz. 770 ff.

## 9. Internationales und Europäisches Zivilprozessrecht